

Die Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht
werden herausgegeben von

Professor Dr. Martin Schmidt-Kessel, Osnabrück

Professor Dr. Christian Baldus, Heidelberg

Privatdozent Dr. Martin Gebauer, Heidelberg

Professor Dr. Brigitta Jud, Salzburg

Professor Dr. Peter Jung, Basel

Richter am OLG Dr. Jan Maifeld, Düsseldorf

Rechtsanwalt Dr. Eike Najork, LL.M., Köln


Notar Dr. Robert Schumacher, LL.M., Aachen

Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht

herausgegeben von

Peter Jung

Christian Baldus

 **Sellier.**
European Law Publishers

ISBN 978-3-86653-025-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 by Sellier. European Law Publishers.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Gestaltung: Sandra Sellier, München. Herstellung: Karina Hack, München. Druck und Bindung: AZ-Druck, Kempten im Allgäu. Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier. Printed in Germany.

Inhalt

Vorwort der Herausgeber	XI
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XVII
Quellenverzeichnis	XLIX

Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht – Eine Einführung in die Thematik *Peter Jung*

A. Einheit und Vielheit in Europa	1
B. Begriff und Arten der differenzierten Integration	4
C. Möglichkeiten einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht	11
D. Privatrechtliche Anwendungsfelder einer differenzierten Integration	19
E. Chancen und Risiken der differenzierten Integration	23
F. Schlußbemerkung	25

Grenzüberschreitende Sicherungen im antiken Rom – ius gentium und lex rei sitae *Dietmar Schanbacher*

A. Vorbemerkung	27
B. Sicherungen von Römern an Liegenschaften in der Provinz (a)	30
C. Sicherungen von Römern an Liegenschaften im Gebiet freier Städte (civitates liberae) [b]	38
D. Schluß	46

Privatrechtsvereinheitlichung zur Zeit des Deutschen Bundes (1815–1866)

Christian Hattenhauer

A. Einleitung	49
B. Die Rahmenbedingungen der Privatrechtsvereinheitlichung	50
C. Beispiele der Privatrechtsvereinheitlichung	72
D. Ergebnis	95

Vorgaben für eine differenzierte Integration im Primärrecht und im künftigen europäischen Verfassungsrecht

Matthias Ruffert

A. Vorbemerkung	99
B. Primär- und verfassungsrechtliche Regelungen über die verstärkte Zusammenarbeit im Überblick	100
C. Einzelne Vorgaben	101
D. Bewertung	106

Modelle einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht

Peter-Christian Müller-Graff

A. Begriffliche Klärung	109
B. Gemeinschaftsprivatrechtliche Differenzierungsmodelle auf der Grundlage des primärrechtlichen Acquis	114
C. Modelle im primärrechtlichen Umfeld	125
D. Zusammenfassung	127

Chancen differenzierter Integration und mitgliedstaatlicher Spielräume im Gemeinschaftsprivatrecht

Oliver Remien

A. Einführung: Gemeinschaftsprivatrecht, Integration und Differenzierung	129
B. Bestandsaufnahme	131
C. Wertung	139
D. Schluß	144

Gefahren einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht

Thomas Pfeiffer

A. Aufgabenstellung	145
B. Ausgangspunkt: Nutzen der Rechtsangleichung wird verfehlt	145
C. Störungen des Binnenmarktes	146
D. Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts – und die Freiheitsfunktion des Rechts im Allgemeinen	150
E. Allgemeine Nachteile der Diversität	151
F. Relevanz des betroffenen Rechtsgebiets	153
G. Fazit	154

Interesse der Slowakei an einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht – Versuch einer Analyse

Katarína Andová

A. Einleitung	155
B. Kurzer Exkurs zur Geschichte und zur Gegenwart des slowakischen Privatrechts	156
C. Befürwortung der Weiterentwicklung des Gemeinschaftsprivatrechts aus der Sicht der Slowakei bzw. Gemeinschaftsprivatrecht als Ausweg aus der Krise?	166
D. Die differenzierte Integration auf dem Gebiet des Gemeinschaftsprivatrechts als eine Alternative für die Slowakische Republik?	170
E. Schlussbemerkung	173

Das Unternehmensrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte

Bertrand Fages

A. Einleitung	175
B. Beiträge des Unternehmensrechts zum Begriff der differenzierten Integration	177
C. Beispiele differenzierter Integration im Unternehmensrecht	180
D. Schlussthesen	184

VIII	Inhalt
Das Mobiliarsachenrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte <i>Eva-Maria Kieninger</i>	
A. Das Sachenrecht als Gegenstand des Gemeinschaftsprivatrechts	187
B. Weltweite und regionale Integration im Mobiliarsicherungsrecht	191
C. Sektorspezifische Integration innerhalb der EU – die Finanzsicherheitenrichtlinie	195
D. Perspektiven für eine nicht sektorspezifische, differenzierte Integration im Mobiliarsicherungsrecht	198
E. Schluss	202
Das Familienrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte <i>Tobias Helms</i>	
A. Vorbemerkung	203
B. Spontane Annäherung der europäischen Familienrechtsordnungen	204
C. Sonderstellung des Familienrechts im Prozess der europäischen Rechtsvereinheitlichung	209
D. Ansätze für eine stärkere Vereinheitlichung	211
Das Erbrecht als Objekt differenzierter Integrationsschritte <i>Cordula Stumpf</i>	
A. Die Ausgangslage: Erbrechtsintegration durch zwischenstaatliches Vertragsrecht	217
B. Erbrechtsintegration im Gemeinschaftsrecht	223
C. Differenzierte Integration im Erbrecht?	240
D. Fazit: Keine Differenzierung der Erbrechtsintegration im Großen	252
Bericht über die Podiumsdiskussion <i>Marc Hürzeler</i>	
Bericht über die Tagung „Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht“ <i>Marc Hürzeler</i>	
	263

Inhalt	IX
Rapport sur le colloque «L'intégration différenciée en droit privé communautaire» <i>Marc Hürzeler (traduction: Julien Tron)</i>	269
Report on the conference “Differentiated Integration in Community Private Law” <i>Marc Hürzeler (translation: Geoffrey Zumstein)</i>	275
Autoren dieses Bandes	281
Teilnehmer der Podiumsdiskussion	283
Sachregister	285

Vorwort der Herausgeber

Das Thema „Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht“ war Gegenstand einer Tagung, die die Herausgeber der Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) und der Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht am 17. und 18. März 2006 veranstaltet haben. Das Tagungsthema ist seither noch aktueller geworden. Denn so, wie sie bislang funktioniert, droht die Europäische Union an ihrer eigenen erfolgsbedingten Erweiterung vielleicht nicht zu scheitern, aber sich doch an ihr aufzureiben. Auch dem Privatrecht kommt in der Europäischen Union eine zentrale Rolle zu. Die öffentlichen Schlachten mögen um Politika wie den Verfassungsvertrag geschlagen werden, doch das, was die tägliche Lebenswelt der Bürger und der Unternehmen prägt, ist zu einem guten Teil Privatrecht.

Deshalb interessiert die Spannung zwischen Vertiefung und Erweiterung gerade auch den Privatrechtler. Es ist das Privatrecht, das viel zur Eigendynamik der Integration beisteuert. Es hat seine eigenen Effizienzvorteile, aber auch seine eigenen Effizienzvoraussetzungen. Ein Europa der Siebenundzwanzig ist weit von der ursprünglichen Nähe gerade auch der Privatrechtsordnungen entfernt. Vieles kann man daher im Gemeinschaftsprivatrecht nicht mehr als selbstverständlich zugrundelegen. Mit jedem politischen Konflikt, der zugleich die Privatrechtsintegration belastet, wird deutlich, wie kompliziert das Wechselspiel zwischen dem inneren Antrieb der Privatrechtsintegration und ihren äußeren Rahmenbedingungen ist.

Die Konzentration auf nichtpolitische Momente macht aus dem Privatrecht keine unpolitische Materie, aber sie ermöglicht eine Fortentwicklung sachlich akzeptabler Lösungen im Windschatten der Politik und in den von ihr gelassenen Freiräumen. Eben dadurch trägt Privatrecht zur politischen Integration bei: Der Erfolg einer bestimmten Lösung, eines bestimmten Instituts schafft Akzeptanz und Legitimität für eine politische Einheit, die eine solche Lösung erst ermöglicht hat, indem sie dem Privatrecht Raum gegeben hat. Für diesen Mechanismus gibt es ebenso historische Beispiele wie für seine Voraussetzungen und Grenzen. Eine solche Voraussetzung ist die grundsätzliche Nähe der Traditionen und Werte zueinander; diese grundsätzliche Nähe bezieht sich auch auf eine gemeinsame privatrechtsfreundliche Grundhaltung, d. h. das grundsätzliche Vertrauen in die Fähigkeit des Privatrechts, sinnvolle Lösungen zu entwickeln, in richtiger Vermessung und Gewichtung von Ordnungsrahmen und Freiraum der Privaten.

Beim gegenwärtigen Stand der Integration stellen sich dem Privatrechtler verschiedene Fragen: Kann die große, sich ihren Wachstumsgrenzen nähernde Europäische Gemeinschaft dem Privatrecht noch gute Bedingungen bieten? Verschönt die Gemeinschaft Möglichkeiten, indem sie Privatrechtsintegration in einem Kreise anstrebt, der hierfür aus rechtsgeschichtlichen, ökonomischen und rechtstatsächlichen Gründen nur noch eingeschränkt geeignet ist? Können die Vorteile der Privatrechtsintegration möglicherweise für Europa insgesamt gesteigert werden, wenn man wie auch immer strukturierte Subsysteme bildet, in denen auch und gerade Privatrecht höher integriert wird als im Umfeld?

Gesicherte Antworten auf diese Fragen gibt es derzeit nicht. Umso mehr lohnen sich das Sammeln von Beobachtungen und die Entwicklung von Hypothesen. Die in diesem Band enthaltenen Beiträge wollen einen ersten Anstoß zur Diskussion der einschlägigen Fragen geben. Leider konnten Prof. Dr. Andreas Ziegler (Lausanne) und Prof. Dr. Franz Werro (Fribourg) keine Schriftfassung ihrer auf der Tagung gehaltenen Referate zur Differenzierten Integration im GATT/WTO-System bzw. zur Rolle der Schweiz in einem differenzierten Integrationsprozess mehr für den Tagungsband fertig stellen. Die Veranstalter der Tagung danken allen Referenten für die von ihnen gegebenen Denkanstöße.

Nicht zufällig wählten die Herausgeber der Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht als Tagungsort das Landgut Castelen bei Basel. Die Schweiz ist der ideale geographische Ort in Europa, um zugleich einen Blick von außen und aus der Mitte Europas auf die Entwicklungen in der Europäischen Union zu werfen. Die Schweiz teilt viele Rechtstraditionen aus den Mitgliedstaaten, sie ist wirtschaftlich und kulturell eng mit ihren Nachbarn verflochten und sie kennt viele Normen der Gemeinschaft aus dem autonomen Nachvollzug. Außerhalb der Gemeinschaft und zugleich so weit innen ist keine andere Rechtskultur.

Die erste GPR-Tagung wurde durch die großzügige Förderung des Schweizerischen Nationalfonds, der Schweizerischen Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften sowie der Freiwilligen Akademischen Gesellschaft Basel ermöglicht. Unser herzlicher Dank gilt zudem Frau Esther Reymann von der Universität Basel und Frau Marianne Schweizer von der Römerstiftung René Clavel für die vorzügliche Organisation der Tagung. Die Drucklegung dieses Bandes wurde insbesondere von Herrn Luca Maranta, Frau Esther Reymann und Frau Andrea Rufener sowie durch Beiträge von Dr. Marc Hürzeler, Laura Rey, Julien Tron, Geoffrey Zumstein und

Caspar Behme tatkräftig unterstützt. Ganz herzlich danken möchten die Herausgeber schließlich dem Verlag Sellier European Law Publishers, der nicht nur diesen Band in bewährter Manier ediert hat, sondern das Projekt der Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht als einen Gesamtentwurf mitträgt.

Basel und Heidelberg
im Dezember 2006

Prof. Dr. Peter Jung, Basel
Prof. Dr. Christian Baldus, Heidelberg

Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht – Eine Einführung in die Thematik

Peter Jung

A. Einheit und Vielheit in Europa

Die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft beruhen auf der Idealvorstellung einer einheitlichen und zeitgleichen politischen, wirtschaftlichen und vor allem auch rechtlichen Integration. Dieses Ideal trifft in einer Union von 27 Mitgliedstaaten auf eine sich mehr und mehr von ihm entfernende Wirklichkeit. Auch historisch betrachtet, ist Europa zu keiner Zeit – dies gilt auch für das Imperium Romanum – ein Block gewesen. Das besondere Kennzeichen Europas ist gerade die Vielfaltigkeit (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 EU und Art. 151 Abs. 1, 4 EGV). So gibt es mit der deutsch-französischen Achse,¹ dem Weimarer Dreieck,² den Benelux-Staaten³ oder der Visegrád-Gruppe⁴ verschiedene regionale Kooperationen von Mitgliedstaaten, die wie etwa die WEU teilweise auch über die Grenzen der Europäischen Union⁵ hinausreichen. Auch inhaltlich zerfällt Europa jeweils in konservativ, liberal, sozialistisch oder postkommunistisch regierte Staaten, in ein eher katholisches Süd- und ein eher protestantisches Nordeuropa, in große und kleine, junge und alte, in wirtschaftlich

¹ Siehe dazu insbesondere den Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über die deutsch-französische Zusammenarbeit, BGBl. 1963 II, S. 705 ff.

² Siehe zu dieser Kooperation von Deutschland, Frankreich und Polen die Homepage des Komitees zur Förderung der Deutsch-Französisch-Polnischen Zusammenarbeit e.V. <http://www.weimarer-dreieck.com> (besucht am 31.7.2006).

³ Diese engere Kooperation wird sogar durch Art. 306 EG gemeinschaftsrechtlich ausdrücklich anerkannt.

⁴ Siehe zu dieser Kooperation der Staaten Polen, Slowakei, Tschechien und Ungarn die Homepage der Gruppe <http://www.visegradgroup.org> (besucht am 31.7.2006).

⁵ Die WEU besteht derzeit aus zehn Mitgliedstaaten (B, D, E, F, GB, I, L, NL, GR, P), sechs assoziierten Staaten (IS, N, TR, PL, CZ, H), fünf Beobachterstaaten (A, DK, IRL, S, SF) und sieben assoziierten Partnern (BG, EST, LV, LT, RO, SK, SLO); näher zur WEU <http://www.weu.int> (besucht am 31.7.2006).

starke und schwache, in eher landwirtschaftlich oder industriell sowie in angelsächsisch, romanisch und kommunistisch geprägte Staaten. Die unterschiedliche Prägung und Ausgangslage bedingen auch unterschiedliche Fähigkeiten, Interessen und Integrationsvorstellungen.

Die Europäische (Wirtschafts-)Gemeinschaft bzw. Union ist in den letzten Jahrzehnten von ursprünglich sechs auf ihre derzeit 27 Mitgliedstaaten angewachsen. Mit weiteren Staaten wurden Beitrittsverhandlungen aufgenommen. Nach der Präambel und nach Art. 1 Abs. 2 des EU-Vertrags strebt die Europäische Union aber auch nach der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas. Es gibt also zugleich einen Wunsch nach Erweiterung und nach Vertiefung. Zur Lösung dieser Frage werden neben institutionellen Reformen insbesondere in Zeiten der Stagnation und Krise der Europäischen Gemeinschaft bzw. Union auch immer wieder verschiedene Modelle einer differenzierten Integration vorgeschlagen.⁶

Im alten Kerneuropa ist insoweit auch immer eine unausgesprochene Sehnsucht nach der unwiederbringlich verlorenen Gründerzeit spürbar.⁷

Den Beginn der Diskussion über die unterschiedlichen Möglichkeiten einer differenzierten Integration markiert eine Rede Willy Brandts vom 19.11.1974 vor der Französischen Europabewegung in Paris, in der er eine nach der unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitgliedstaaten abgestufte Integration als Teil eines Notprogramms zur

⁶ Siehe zu den einzelnen Vorschlägen aus der umfangreichen Literatur insbesondere (weitere Nachweise im allgemeinen Literaturverzeichnis) *Beutel*, Differenzierte Integration, 2006; *Bieber/Kahil/Kallmayer*, Differenzierte Integration, 2000; *Deubner*, Deutsche Europapolitik, 1995; *Grieser*, Flexible Integration, 2003; *Langeheine*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und abgestufte Integration, 1988; *Langner*, Verstärkte Zusammenarbeit, 2004; *Linke*, Instrument, 2006; *Mannin/Louis*, Vers une Europe différenciée?, 1996; *Maillet/Velo* (Hrsg.), L'Europe à Géométrie variable, 1994; *Bender*, ZaöRV 61 (2001), S. 729 ff.; v. *Buttlar*, ZEuS 2001, S. 649 ff.; *Coen*, EuZW 1995, S. 50 ff.; *Deubner*, in: Aus Politik und Zeitgeschichte – Beilage Nr.1/2 2003, S. 24 ff.; *Ehlermann*, EuR 1997, S. 362 ff.; *Fischer*, in: Loth (Hrsg.), Das Europäische Projekt 2001, S. 203 ff.; *Hofmann*, EuR 1999, S. 713 ff.; *P. M. Huber*, EuR 1996, S. 347 ff.; *Janning*, EA 49 (1994), S. 527 ff.; *Krämer*, in: Randelzhofer/Scholz/Wilke (Hrsg.), GS Grabitz 1995, S. 307 ff.; *Müller-Graff*, in: Griller (Hrsg.), Differenzierte Integration, Wien 2007 (im Erscheinen); *Martenczuk*, ZEuS 1998, S. 447 ff.; *ders.*, EuR 2000, S. 351 ff.; *H. Schneider*, Integration 2004, S. 259 ff.

⁷ *Frankenberger*, Europäische Union – Ein Rettungsanker?, FAZ v. 16.12.2003, S. 10.

Lösung der bis dahin schwersten Krise der Gemeinschaft erwog.⁸ Ihren Anwendungsbereich hat die differenzierte Integration insbesondere dort, wo die geschichtlichen, gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, sozialen und rechtlichen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten in einer Frage so erheblich sind, daß diese sich zumindest vorübergehend nicht mit den erforderlichen Mehrheiten auf eine einheitliche oder angegliche Regelung einigen können oder wollen. Die bislang verwirklichten Beispiele einer aktiven differenzierten Integration sind die Währungsunion,⁹ das Protokoll und das Abkommen über die Sozialpolitik,¹⁰ die Schengen-Abkommen,¹¹ Forschungsk Kooperationen,¹² die WEU¹³ und das Eurokorps.¹⁴ Sie beruhen auf primärrechtlichen Sonderregelungen in Art. 121 Abs. 4, 122 ff., 168 f. und 172 Abs. 2 EG, in Art. 17 EU sowie in Protokollen. Die seit 1997 bestehenden primärrechtlichen Generalklauseln zur verstärkten Zusammenarbeit (Art. 43 ff. EU, 11 f. EG) sind wegen ihrer strengen Voraussetzungen bislang ungenutzt geblieben.

⁸ Die Rede ist teilweise abgedruckt in Europa-Archiv (EA) 1975, D 33 ff.; die Vorschläge wurden von *Leo Tindemans* in seinem Bericht an den Europäischen Rat (abgedruckt im Bull. EG Beilage 1/1976) aufgegriffen und konkretisiert.

⁹ Siehe dazu etwa *Linke*, Instrument, 2006, S. 50 ff. und 54 ff. m.w.N. sowie *Häde*, in: Weber (Hrsg.), FS Hahn 1997, S. 141 ff.

¹⁰ Siehe dazu etwa *Falkner*, in: Breuss/Griller (Hrsg.), Flexible Integration, 1998, S. 79 ff.

¹¹ Siehe dazu etwa *Epiney*, in: Breuss/Griller (Hrsg.), Flexible Integration, 1998, S. 127 ff.

¹² Für Zusatzprogramme einzelner Staaten im Rahmen des allgemeinen mehrjährigen Forschungsprogramms der Gemeinschaft enthalten die Art. 168 f. EG eine spezielle Regelung; ein Beispiel bildet die von Deutschland und Frankreich 1985 initiierte Koordination europaweiter Forschungsprojekte im Bereich der Spitzentechnologien durch die European Research Co-ordination Agency (Eureka).

¹³ Näher zu der durch Art. 17 EU ermöglichten WEU <http://www.weu.int> (besucht am 31.7.2006).

¹⁴ Das durch Art. 17 Abs. 4 ermöglichte Eurokorps besteht derzeit aus belgischen, deutschen, französischen, luxemburgischen und spanischen Soldaten; näher <http://www.eurocorps.org> (besucht am 31.7.2006).

B. Begriff und Arten der differenzierten Integration

I. Begriff der differenzierten Integration

1. Differenzierte Integration als unbestimmter Oberbegriff

Der Begriff der differenzierten Integration ist ein seit den 70er Jahren verwendeter Oberbegriff für die unterschiedlichen auf Differenzierung bzw. Flexibilität beruhenden europapolitischen Konzepte. Er ist damit ebenso noch weitgehend unbestimmt wie die konkreten Inhalte dieser Konzepte, die mit politischen Schlagworten wie Kerneuropa,¹⁵ Europa à la carte,¹⁶ Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten,¹⁷ der variablen Geometrie,¹⁸ der konzentrischen Kreise,¹⁹ der Pioniergruppen,²⁰ der Gravitätszentren²¹ oder der Avantgarde²² bezeichnet werden. Im Primärrecht findet sich im Zusammenhang mit den generalklauselartigen positiven Ermächtigungsgrundlagen der Begriff der verstärkten Zusammenarbeit.²³ Insgesamt lassen sich etwa 30 derartige Begriffe nachweisen.²⁴ Es herrscht ein Begriffswirrwarr.

¹⁵ Siehe dazu etwa Schäuble/Lamers, Überlegungen zur europäischen Politik – Vorschläge zu einer Reform der Europäischen Union, abrufbar unter <http://www.cdudcu.de/upload/schaeublelamers94.pdf> (besucht am 31.7.2006); Habermas/Derrida, Nach dem Krieg: Die Wiedergeburt Europas, FAZ v. 31.5.2003 (Auszüge unter: <http://www.faz.net/s/Rub117C535CDF414415BB243B181B8B60AE/Doc~ECBE3F8FCE2D049AE808A3C8DBD3B2763~ATpl~Ecommon~Scontent.html>; besucht am 31.7.2006); Frankenberger, Europäische Union – Ein Rettungsanker?, FAZ v. 16.12.2003, S. 10.

¹⁶ Siehe dazu etwa Forgó, in: Breuss/Griller (Hrsg.), Flexible Integration, 1998, S. 41 ff.

¹⁷ Siehe dazu etwa Ehlermann, EuR 1997, S. 362, 363.

¹⁸ Dazu etwa Maillet/Velo (Hrsg.), L'Europe à Géométrie variable, 1994; Fischer, in: Loth (Hrsg.), Das Europäische Projekt, 2001, S. 203, 205.

¹⁹ Siehe dazu etwa De Michelis, Integration 1990, S. 143 ff.

²⁰ Chirac, Rede vor dem Deutschen Bundestag am 27.6.2000, abrufbar unter <http://www.bundestag.de/geschichte/gastredner/chirac/chirac1.html> (besucht am 31.7.2006): „Avantgarde-Gruppen“; de Villepin, FAZ v. 20.12.2003, S. 9.

²¹ Siehe dazu etwa De Michelis, Integration 1990, S. 143 ff.; J. Fischer, Integration 2000, S. 149 ff.

²² Delors, Die Europäische Avantgarde – Für eine neue Dynamik im Integrationsprozess, Rede von Jacques Delors am 29. Juni 2000 vor der Friedrich-Ebert-Stiftung in Paris, <http://www.europa-reden.de/delors/rede02.htm> (besucht am 31.7.2006); Chirac, Rede vor dem Deutschen Bundestag am 27.6.2000, abrufbar unter <http://www.bundestag.de/geschichte/gastredner/chirac/chirac1.html> (besucht am 31.7.2006); Bribosia, CDE 2000, S. 57 ff.

²³ Art. 43 ff. EU und Art. 11 EG.

2. Charakteristika des Oberbegriffs

Selbst wenn man für den Oberbegriff der differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht ein weites Verständnis zugrunde legt, um möglichst viele Erscheinungsformen der differenzierten Integration zu erfassen, so ist der Gegenstand der Betrachtung doch durch drei Charakteristika gekennzeichnet: die Beteiligung von Mitgliedstaaten, das Integrationsziel und die gezielte Zulassung von Rechtsunterschieden.

a) Beteiligung von Mitgliedstaaten

Von einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht sollte zunächst nur gesprochen werden, wenn an ihr zumindest auch Mitgliedstaaten mitwirken. Das Erfordernis der Mitwirkung von Mitgliedstaaten an der Differenzierung schließt zwar die internationale Rechtsvereinheitlichung ohne jegliche Mitwirkung von EU-Mitgliedstaaten und die im Privatrecht bedeutsame Einräumung von Optionsrechten an private Rechtssubjekte aus, ermöglicht andererseits aber auch die Erfassung von Kooperationen mit Nichtmitgliedstaaten.²⁵

b) Integrationsziel der Beteiligten

Die Beteiligten müssen zudem die Herstellung einer vertieften Integration durch eine über den *acquis communautaire* hinausgehende Rechtsangleichung oder Rechtsvereinheitlichung anstreben. Integration bedeutet im Gemeinschaftsprivatrecht stets die Herstellung von mehr Rechtseinheit und Rechtsangleichung durch supranationale und intergouvernementale Rechtsakte. Hierdurch sollen nicht nur die grenzüberschreitenden, sondern auch die rein nationalen Privatrechtsbeziehungen in einer möglichst gleichartigen Weise ausgestaltet werden. Die differenzierte Integration ist mithin kein Instrument zur Rechtfertigung von Rückschritten durch Umkehrungen des Integrationsprozesses. Auch die Schutzmaßnahmen i.S.v. Art. 95 Abs. 4, 137 Abs. 5, 153 Abs. 5 und 176 EG, die zudem allen Mitgliedstaaten gleichermaßen offen stehen, gehören aus diesem Grund nicht zu den Maßnahmen einer differenzierten Integration.²⁶

²⁴ Siehe dazu die Übersicht bei Stubb, JCMS 1996, S. 283 ff.

²⁵ Insoweit enger Martenczuk, EuR 2000, S. 351, 352 f.; wie hier Becker, EuR-Beiheft 1/1998, S. 29.

²⁶ Insoweit weiter Becker, EuR-Beiheft 1/1998, S. 29, 38; wie hier Martenczuk, EuR 2000, S. 351, 354.

c) Gezielte Zulassung unterschiedlicher Privatrechte der Mitgliedstaaten

Differenzierte Integration läßt zeitlich befristet oder dauerhaft verschiedene inhaltliche Regelungen zu. Zumindest vorübergehend tritt damit neben das allgemeine Gemeinschaftsprivatrecht ein partikulares Privatrecht auf supranationaler oder völkerrechtlicher Grundlage, das nur für einzelne Mitgliedstaaten verbindlich ist und nur im Falle der gemeinschaftsinternen Differenzierung überhaupt noch als Gemeinschaftsprivatrecht gelten kann. Es bestehen damit Rechtsunterschiede zwischen einigen voranschreitenden und den zurückbleibenden Mitgliedstaaten. Derselbe oder ein zumindest gleichartiger Sachverhalt wird in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich behandelt. Das Modell der zeitgleichen und einheitlichen Integration wird aufgegeben.

Von einer differenzierten Integration sollte dabei nur gesprochen werden, wenn die Differenzierung gezielt erfolgt und sich nicht lediglich mittelbar und ungewollt, teilweise vielleicht sogar unbewußt aus einer sachlichen Regelung ergibt, wie dies etwa hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Kapitalrichtlinie der Fall ist, die zwar für die deutsche kleine Aktiengesellschaft, nicht jedoch für die französische société par actions simplifiée gilt. Auch die nicht ausdrücklich zugelassene und damit vertragswidrige verzögerte Umsetzung von Richtlinien ist aus diesem Grund kein Fall der zeitlich abgestuften Integration.

II. Arten der differenzierten Integration

Eine Systematisierung der verschiedenen Konzepte einer differenzierten Integration bereitet wegen der sich überschneidenden Klassifikationskriterien Schwierigkeiten. Im Folgenden soll der Versuch einer systematischen Einteilung der unterschiedlichen auf die EG bezogenen Konzepte und Möglichkeiten nach persönlichen, organisatorischen, zeitlichen, inhaltlichen und rechtlichen Gesichtspunkten unternommen werden.

1. Unterscheidung nach der Art der Beteiligten

An einer Maßnahme der differenzierten Integration können zunächst ausschließlich Mitgliedstaaten beteiligt sein. Dies ist auch eine der Voraussetzungen für eine interne Differenzierung im Gemeinschaftsprivatrecht nach Art. 11 f. EG i.V.m. Art. 43 ff. EU. Möglich ist aber auch eine Mitwirkung von Drittstaaten auf völkerrechtlicher Basis, insbesondere im Rahmen internationaler Organisationen wie der WTO oder UNCITRAL. So kennt die WTO mit den plurilateralen Abkommen ihrerseits ein Instru-

ment der internen differenzierten Integration. Unter den Voraussetzungen von Art. XXIV GATT bzw. Art. V GATS sind zudem vertiefte regionale Wirtschaftskooperationen (Regional Trade Agreements, RTA)²⁷ außerhalb der WTO als Ausnahme vom Meistbegünstigungsprinzip zulässig. UNCITRAL hat mit dem CISG ein internationales Einheitskaufrecht geschaffen, zu dessen derzeit gut 70 Vertragsstaaten inzwischen auch 21 EU-Mitgliedstaaten gehören. Sofern man entgegen der in diesem Beitrag befürworteten Eingrenzung die zahlreichen Optionsmöglichkeiten zugunsten privater Rechtssubjekte im EG-Sekundärrecht ebenfalls als eine Form der differenzierten Integration betrachtet,²⁸ so muß man neben den Staaten auch private Rechtssubjekte mit zu den Akteuren zählen.

2. Unterscheidung nach der institutionellen Einbindung in die EG

Die Zusammenarbeit der voranschreitenden Mitgliedstaaten kann sich zum einen intern, d. h. im institutionellen Rahmen der Europäischen Gemeinschaft und in supranationaler Form vollziehen. Diese interne Zusammenarbeit unter Inanspruchnahme der Organe, Verfahren und Mechanismen der EG wird von Art. 43 ff. EU und von Art. 11 EG an besondere, sogleich noch näher zu betrachtende und im Ergebnis prohibitive Voraussetzungen geknüpft, sofern es sich um eine Differenzierung handelt, die in neuen, noch nicht näher definierten und der nicht ausschließlichen Gemeinschaftskompetenz unterliegenden Politikbereichen von einzelnen Mitgliedstaaten aktiv angestrebt wird.

Daneben kann sich die verstärkte Integration aber auch extern, d. h. in der Form einer einfachen intergouvernementalen Zusammenarbeit der beteiligten Staaten auf völkerrechtlicher Grundlage, vollziehen. Die differenzierte Integration außerhalb des institutionellen Gemeinschaftsrahmens wird bisweilen auch mit dem Begriff der variablen Geometrie belegt. Sie wird nicht selten mit der Schaffung eigener Institutionen durch die voranschreitenden Mitgliedstaaten einhergehen. An Maßnahmen der externen Integration können auch Nichtmitgliedstaaten beteiligt sein. Wenn etwa Frankreich und Italien ihr in den 40er Jahren des 20. Jahrhunderts auf-

²⁷ Insgesamt wurden bis Ende 2002 etwa 250 Regional Trade Agreements bei der WTO notifiziert, von denen etwa aktuell 170 in Kraft sind (z.B. ASEAN, COMESA, EFTA, EG, EWR, MERCOSUR, NAFTA); siehe dazu die Informationen unter http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm (besucht am 31.7.2006).

²⁸ Siehe dazu etwa die Beiträge von *Remien*, *Fages* und *T. Helms* in diesem Band, S. 129 ff., 175 ff. und 203 ff.

gegebenes Projekt eines gemeinsamen Obligationenrechts²⁹ wiederbeleben wollten, dann könnten sie dies wegen der nicht gegebenen Voraussetzungen einer internen Integration nur auf völkerrechtlicher Basis tun. Andererseits könnte die Schweiz aber auch ohne Probleme in dieses Projekt einbezogen werden.

3. Unterscheidung nach dem Grad der Dynamik

Man kann die verschiedenen Modelle einer differenzierten Integration zudem nach dem Grad der Dynamik unterscheiden. Zu den Modellen einer eher auf Dauer angelegten Differenzierung gehören die Kerneuropaidée sowie die Vorstellung von einem Europa der konzentrischen Kreise. Im Modell der konzentrischen Kreise gibt es etwa einen geographisch nicht notwendig zusammenhängenden und in der Mitte Europas liegenden Kern von bundesstaatlich oder staatenbündlich politisch umfassend integrierten Staaten. Um diese herum bestehen zwei Kreise von Staaten, die mit den Kernstaaten eine Wirtschaftsunion bzw. lediglich eine Zollunion bilden. Zwei weitere Kreise können von Staaten gebildet werden, die sich mit den dem Kern und den inneren Kreisen angehörenden Staaten zu einer Freihandelszone zusammengeschlossen oder wenigstens eine sonstige privilegierte Partnerschaft begründet haben.³⁰

²⁹ Siehe zum Entwurf von 1927 *Commissione reale per la Riforma dei Codici – Commission Française d'Etudes de l'Union Législative entre les Nations Alliées et Amies*, *Projet de Code des Obligations et des Contrats*, Rome 1928; *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. Aufl. 2003, S. 31 und Fn. 51 m.w.N. sowie *Alpa*, *RIDC* 2005, S. 571 ff.

³⁰ Siehe zu einem Vier-Kreise-Modell mit einem europäischen Bundesstaat als Kern erstmals *Mertes/Prill*, *Der verhängnisvolle Irrtum eines Entweder-Oder. Eine Vision für Europa*, *FAZ* v. 19.7.1989, nochmals abgedruckt in: *Mertes/Plueck/Prill*, *Europa ohne Kommunismus*, 1990, S. 39 ff.; zu einem Vier-Kreise-Modell mit der EG als Kern *De Michelis*, *Integration* 1990, S. 143 ff.; zu einem Modell konzentrischer Kreise mit den sechs Gründerstaaten als Kern *Barre*, *Les économies de l'Europe occidentale face aux défis des années 1980*, teilweise abgedruckt und übersetzt in: *Scharrer*, *Abgestufte Integration – eine Einführung*, in: *Grabitz* (Hrsg.), *Abgestufte Integration*, 1984, S. 1, 16 f.; zur Kooperation mit anderen europäischen Staaten, den Überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten mit besonderen Beziehungen zu EG-Mitgliedstaaten, mit den sog. AKP-Staaten sowie mit den arabischen Maghreb- und Mashrik-Ländern in Form der Assoziation unter Gleichen bzw. der Entwicklungsassoziation näher *Krämer*, in: *Randelzhofer/Scholz/Wilke* (Hrsg.), *GS Grabitz* 1995, S. 307, 315 ff.

Demgegenüber zielen die Modelle eines Europas der Pioniergruppen, der unterschiedlichen Geschwindigkeiten oder der abgestuften Integration auf eine nur vorübergehend differenzierte Integration, bei der einzelne Staaten lediglich als Schrittmacher voranschreiten. Beispiele bilden etwa die Übergangsfristen in Beitrittsabkommen für die Übernahme des *acquis communautaire*³¹ und Art. 15 EG, wonach die Kommission bei der Formulierung ihrer Vorschläge zur Verwirklichung des Binnenmarkts den Umfang der Anstrengungen berücksichtigt, die einigen Volkswirtschaften mit unterschiedlichem Entwicklungsstand im Zuge der Errichtung des Binnenmarkts abverlangt werden, wozu sie geeignete Bestimmungen wie insbesondere auch Übergangsfristen vorschlagen kann.³² Nur diese Modelle entsprechen den primärrechtlichen Vorgaben, da die Art. 43 lit. j und 43b EU die reale Möglichkeit eines Nachziehens der unbeteiligten Staaten ausdrücklich zur Zulässigkeitsvoraussetzung für die interne verstärkte Zusammenarbeit erheben und sich in den übrigen Fällen eine entsprechende Voraussetzung aus allgemeinen Grundsätzen der Verträge wie insbesondere dem Solidaritätsprinzip ergibt.

4. Unterscheidung nach dem Grad der Ausdifferenzierung

Auch hinsichtlich ihrer inhaltlichen Reichweite kann die Differenzierung ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie kann sich wie bei den Kerneuropamodellen auf die Integration in der EU bzw. EG überhaupt beziehen und damit alle aktuellen und gegebenenfalls neuen Politikfelder erfassen. Sie kann sich aber auch nur auf einzelne Bereiche wie beispielsweise das Privatrecht, Teile desselben oder auch nur auf Einzelfragen mit jeweils unterschiedlich zusammengesetzten Staatengruppen beziehen. Insoweit spricht man dann häufig von variabler Geometrie oder einem Europa à la carte. Auf Einzelfragen beschränkt sind insbesondere die zahlreichen Optionsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten. Es liegt auf der Hand, daß die Einheitlichkeit und vor allem die Transparenz des Gemeinschaftsprivatrechts durch zahlreiche Detaildifferenzierungen in besonderer Weise beeinträchtigt werden.

³¹ Dazu etwa *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 49 EU, Rn. 5 ff.

³² Dazu etwa *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 15 EG, Rn. 1.

5. Unterscheidung nach der Herkunft und Art der Ermächtigungsgrundlage

Die Ermächtigungsgrundlage für eine differenzierte Integration kann sich im Primärrecht (EU, EG, Protokolle, Beitrittsabkommen) oder im EG-Sekundärrecht (Verordnungen, Richtlinien) befinden. Nach der Konkretisierungsbedürftigkeit kann man generalklauselartige und konkrete Ermächtigungen unterscheiden. Die generalklauselartigen Ermächtigungen begründen lediglich für die Zukunft eine generelle oder sehr allgemein gehaltene positive Handlungsmöglichkeit, die noch durch eine politische Initiative und Regelung konkretisiert werden muß. Die konkreten Differenzierungsregelungen ermächtigen hingegen aktuell und in bestimmten Bereichen zu einer unmittelbar angeordneten bzw. durchführbaren positiven oder negativen Abweichung, die gegebenenfalls auch auf einzelne Mitgliedstaaten beschränkt wird.

Im Primärrecht gibt es zunächst eine generalklauselartige Ermächtigung in Art. 11 f. EG i.V.m. Art. 43 ff. EU, die in allen weder der ausschließlichen Kompetenz der Gemeinschaft noch der Mitgliedstaaten stehenden Politikfeldern eine sog. verstärkte sekundärrechtliche Zusammenarbeit von mindestens acht Mitgliedstaaten vorsieht.³³ Eine sachlich generelle, wenn auch räumlich beschränkte Duldung differenzierter Integration findet sich zudem in Art. 306 EG, wonach der EG-Vertrag dem Bestehen und der Durchführung der regionalen Zusammenschlüsse zwischen Belgien und Luxemburg sowie zwischen Belgien, Luxemburg und den Niederlanden nicht entgegensteht, soweit die Ziele dieser Zusammenschlüsse durch die Anwendung des EG-Vertrags nicht erreicht sind.

Zu den eine Differenzierung ermöglichenden bzw. herbeiführenden primärrechtlichen Generalklauseln gehören ferner die Schutzklauseln (Art. 95 Abs. 4, 137 Abs. 5, 153 Abs. 5 und 176 EG) und die Sanktionsregelung in Art. 7 EU. Die Schutzklauseln ermöglichen es einem (im Rat bestimmten) Mitgliedstaat nationale Sonderregelungen u. a. im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beizubehalten. Aufgrund der Sanktionsregelung des Art. 7 EU kann ein schwerwiegend und anhaltend vertragsbrüchiger Mitgliedstaat durch die Aussetzung von Rechten sanktioniert und damit vorübergehend zu einem Mitgliedstaat zweiter Klasse herabgestuft werden. Diese Regelungen führen zwar zu einer rechtlichen Differenzierung, dienen allerdings nicht der Überwindung von Blockaden durch die betroffenen Mitgliedstaaten und damit auch nicht der Verwirklichung einer vertieften Integration, was sie aufgrund der eingangs ge-

³³ Siehe dazu näher unten S. 11 ff.

nannten Kriterien von den Formen der differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht ausnimmt.

Daneben gibt es im Primärrecht aber auch noch konkrete Einzelfallregelungen, in denen bestimmten Mitgliedstaaten eine Abweichung von den Vereinbarungen der übrigen Mitgliedstaaten in einem bestimmten Bereich ermöglicht wird. Dies gilt etwa für die Währungsunion, die Sozialcharta oder die Übergangsfristen für Beitrittsstaaten im Zusammenhang mit der Übernahme des *acquis communautaire*. Außerdem finden sich einfallbezogene Ermächtigungen zur Differenzierung im Sekundärrecht, die auf Wahlrechten, Übergangsregelungen oder auf einer räumlichen bzw. sachlich bedingten Beschränkung des Anwendungsbereichs sekundärer Rechtsakte auf bestimmte Mitgliedstaaten beruhen.³⁴

C. Möglichkeiten einer differenzierten Integration im Gemeinschaftsprivatrecht

I. Differenzierte Integration innerhalb des institutionellen Rahmens der Europäischen Gemeinschaft

1. Differenzierte Integration unter Inanspruchnahme der Generalermächtigung

Sofern einige Mitgliedstaaten auf einem größeren sekundärrechtlichen Politikfeld aktiv eine differenzierte Integration im institutionellen Rahmen der Europäischen Gemeinschaft anstreben, können sie dies nur unter den strengen, teilweise redundanten Bedingungen einer internen verstärkten Zusammenarbeit i.S.v. Art. 11 f. EG i.V.m. Art. 43 ff. EU tun. Beispiele wären etwa die Einführung des Herkunftslandprinzips im gesamten Dienstleistungsbereich oder die Verabschiedung eines vom EuGH auszulegenden Zivilgesetzbuchs. Die insoweit einschlägigen primärrechtlichen Vorschriften wurden 1997 durch den Vertrag von Amsterdam eingeführt³⁵ und mit dem Vertrag von Nizza geringfügig modifiziert.³⁶ Die generalklauselartigen Normen sind Ausdruck eines politischen Kompromisses, da einige Mitgliedstaaten und die Kommission eine grundsätzliche Abkehr vom Prinzip der einheitlichen und zeitgleichen Integration befürchteten und

³⁴ Dazu näher unten S. 16 f.

³⁵ Dazu etwa Janning, Integration 1997, S. 285 ff.

³⁶ Dazu näher Linke, Instrument, 2006, S. 67 ff.; v. Buttlar, ZEuS 2001, S. 649 ff.; Bender, ZaöRV 61 (2001), S. 729 ff.

diesen Paradigmenwechsel daher möglichst verhindern bzw. auf seltene Ausnahmefälle beschränken wollten.³⁷

a) *Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Generalermächtigung*

Nach Art. 43 ff. EU muß die ausschließlich auf Mitgliedstaaten beschränkte verstärkte Zusammenarbeit zunächst inhaltlich darauf ausgerichtet sein, die Ziele der Union und der Gemeinschaft zu fördern, ihre Interessen zu schützen und ihren Integrationsprozeß zu stärken (Art. 43 lit. a EU). Es dürfen daher etwa keine eigenen Institutionen der voranschreitenden Mitgliedstaaten geschaffen werden, was diese im Falle einer gemeinschafts-internen Zusammenarbeit aber ohnehin nicht vorhaben dürften. Sie muß die primärrechtlichen Grundsätze, den einheitlichen institutionellen Rahmen der EU und EG sowie den ohnehin innerhalb der Verträge vorrangigen *acquis communautaire* beachten (Art. 43 lit. b und c EU). Die mit der Vertragsrevision von Nizza gewählte Formulierung „den Besitzstand ... beachtet“ (statt „den Besitzstand ... nicht beeinträchtigt“) kann nicht als inhaltliche Abschwächung, sondern nur als sprachliche Anpassung angesehen werden. Sie bedingt nicht nur ein Verbot formaler Änderungen, sondern auch ein Verbot sonstiger tatsächlicher Auswirkungen, die einer solchen Änderung gleichkommen.³⁸ Daher dürfen auch der Binnenmarkt als Kern des *acquis communautaire* sowie der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt ebenso wenig beeinträchtigt werden (Art. 43 lit. e EU) wie es zu Diskriminierungen und Beschränkungen des Handels zwischen den Mitgliedstaaten oder zu Verzerrungen der zwischenstaatlichen Wettbewerbsbedingungen kommen darf (Art. 43 lit. f EU). Die getroffenen Maßnahmen müssen mit den Politiken der EU bzw. EG im Einklang stehen (Art. 45 EU).

Die verstärkte Zusammenarbeit darf weder die der Union bzw. Gemeinschaft zugewiesenen Kompetenzen überschreiten noch andererseits einen in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallenden Bereich betreffen (Art. 43 lit. d EU). Da das Privatrecht nach h. M. nicht in die

³⁷ Eingehend zu den Initiativen und Verhandlungen im Vorfeld bzw. anlässlich der Regierungskonferenzen von Amsterdam und Nizza Langner, Verstärkte Zusammenarbeit, 2004, S. 19 ff. bzw. 84 ff. sowie (zur Regierungskonferenz in Nizza) Linke, Instrument, 2006, S. 67 ff.

³⁸ So auch Linke, Instrument, 2006, S. 88.

ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft fällt,³⁹ ist diese Voraussetzung gegeben.

Die verstärkte Zusammenarbeit muß mindestens acht Mitgliedstaaten umfassen (Art. 43 lit. g EU) und die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beachten (Art. 43 lit. h EU). Sie muß nach Art. 43 lit. j und 43b EU allen Mitgliedstaaten bei ihrer Begründung und später offenstehen, sofern diese dem Grundbeschluß und den zwischenzeitlich gefaßten Beschlüssen nachkommen. Nach Art. 43a EU ist die verstärkte Zusammenarbeit nur eine vom Rat als solche zu billigende ultima ratio.

In verfahrensmäßiger Hinsicht müssen die zu einer verstärkten Zusammenarbeit entschlossenen Staaten nach Art. 11 EG einen Antrag bei der Kommission stellen, die diesen mit Gründen zurückweisen oder an den Rat befürwortend weiterleiten kann. Der Rat beschließt mit qualifizierter Mehrheit nach Anhörung und in den Fällen des Art. 251 EG mit Zustimmung des Europäischen Parlaments. Ein Mitgliedstaat kann zudem den Europäischen Rat mit der Frage befassen. Die Entscheidung der Kommission über die Weiterleitung und Befürwortung des Antrags auf verstärkte Zusammenarbeit sowie die Entscheidung des Rats über die Ermächtigung zu einer verstärkten Zusammenarbeit unterliegen der Kontrolle durch den EuGH, wobei der Kommission und dem Rat wegen des starken politischen Einschlags und der Unbestimmtheit der Voraussetzungen große Ermessensspielräume zustehen dürften.⁴⁰

b) *Rechtsfolgen einer Inanspruchnahme der Generalermächtigung*

Eine interne Zusammenarbeit, die die Voraussetzungen von Art. 11 f. EG i.V.m. Art. 43 ff. EU erfüllt, ist ein von der Gemeinschaft insgesamt autorisiertes Vorhaben. Es handelt sich nicht um eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gemeinschaft in der Gemeinschaft.⁴¹ Für die Handlungsformen sowie die Annahme der Rechtsakte und die Beschlußfassungen zur Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit gelten die

³⁹ Ausdrücklich für eine Anwendung von Art. 5 Abs. 2 EG auf Art. 95 EG EuGH, Rs. 491/01, Slg. 2002, I-11453 ff. Tz. 179 ff. (Tabak II); in diesem Sinne etwa auch Basedow, RIDC 1998, 11 ff. und 25 ff.; a. A. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Subsidiaritätsprinzip v. 27.10.1992, SEK (92) 1990 endg., Bull. EG 10-1992, S. 122 ff.; Müller-Graff, ZHR 159 (1995), S. 34, 66 ff.

⁴⁰ Dazu näher v. Buttlar, ZEuS 2001, S. 649, 676 ff.

⁴¹ Linke, Instrument, 2006, S. 179 ff.

einschlägigen institutionellen Bestimmungen des Primärrechts (Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EU, Art. 11 Abs. 3 EG). Während alle Mitgliedstaaten an den Sitzungen des Rats teilnehmen können, haben nur die Vertreter der verstärkt zusammenarbeitenden Staaten ein bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen entsprechend Art. 205 Abs. 2 EG gewichtetes Stimmrecht (Art. 44 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 und 3 EU). Auf eine entsprechende Regelung für die nicht auf eine Repräsentanz der Mitgliedstaaten ausgerichteten Organe, d. h. die EU-Kommission, den EuGH und insbesondere das Europäische Parlament, wurde verzichtet, so daß dort alle Mitglieder an den Beratungen und Entscheidungen mitwirken können.

Die im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit erlassenen Rechtsakte (Art. 249 EG) gehören zwar zum Gemeinschaftsprivatrecht, das vom EuGH zu überwachen und auszulegen ist (Art. 230, 234 EG), nicht jedoch zum *acquis communautaire* (vgl. Art. 44 Abs. 1 UAbs. 2 EU). Sie beanspruchen zwar Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht,⁴² nicht jedoch vor dem allen Mitgliedstaaten gemeinen EG-Sekundärrecht.⁴³ Im Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit liegt aus der Sicht der beteiligten Mitgliedstaaten eine sie am eigenen Tätigwerden hindernde Kompetenzausübung durch die Gemeinschaft vor, während dies aus der Sicht der nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten nicht der Fall ist.⁴⁴

Die Mitgliedstaaten, die sich an der verstärkten Zusammenarbeit nicht beteiligen, dürfen deren Durchführung zumindest nicht behindern (sog. Interferenzverbot; Art. 44 Abs. 2 S. 3 EU). Die besonderen Kosten der verstärkten Zusammenarbeit, d. h. nicht die allgemeinen Verwaltungskosten der Organe, werden von den beteiligten Staaten getragen, sofern der Rat nicht einstimmig etwas anderes beschließt (Art. 44a EU).

c) Bewertung

Die materiellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen der aktiven internen Differenzierung auf der Basis der Generalermächtigung haben letztlich eine prohibitive Wirkung. Seit 1997 ist es zu keiner Anwendung der Vorschriften gekommen, was auch daran liegen mag, daß damit ein politisch als gefährlich angesehenes offenes Bekenntnis zur Abkehr vom Prinzip der einheitlichen und gleichzeitigen Integration verbunden wäre. Der erhoffte bzw. befürchtete Paradigmenwechsel hat daher bislang nicht stattgefunden. Die Dynamik wurde zwar ermöglicht, zugleich aber in eine

⁴² Siehe dazu nur *v. Buttlar*, ZEuS 2001, S. 649, 682.

⁴³ Siehe dazu *Linke*, Instrument, 2006, S. 176 f.

⁴⁴ *Linke*, Instrument, 2006, S. 183 ff.

Zwangsjacke gesteckt.⁴⁵ Es kann daher nicht von einer kopernikanischen Wende⁴⁶ gesprochen werden. Die Mitgliedstaaten sind auf andere verdeckte Formen interner Differenzierung oder gar auf externe Kooperationen ausgewichen. Die Vorschriften bilden damit bestenfalls ein Drohpotential, dessen Bedeutung für positive Maßnahmen besonders integrationswilliger Staaten im übrigen „knapp unter der Schwelle zur Nutzlosigkeit“⁴⁷ liegt.

Sollen die Vorschriften zur verstärkten Zusammenarbeit daher keine kontraproduktive Wirkung entfalten, darf man sie keinesfalls mit der Konsequenz als abschließend betrachten, daß dann alle anderen Formen der Differenzierung, die nicht ausdrücklich im Primärrecht für Einzelbereiche zugelassen sind oder in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen, seit 1997 als unzulässig gelten müßten.⁴⁸

Die Voraussetzungen des Primärrechts für die verstärkte Zusammenarbeit sollten zudem gelockert werden. Allfällige Wettbewerbsverzerrungen wären hinzunehmen. Auch sollte das Instrument der internen Differenzierung mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten als Initialzündung und nicht nur als ultima ratio zur Verfügung stehen. Vereinzelt sollten auch Nichtmitgliedstaaten einbezogen werden können, wobei die Inanspruchnahme von Gemeinschaftsinstitutionen auf die Mitgliedstaaten beschränkt bleiben müßte. Denkbar wäre auch eine stärkere Lockerung der Voraussetzungen im Bereich neuer Politikfelder als in Bereichen mit bereits fortgeschrittener Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung.⁴⁹ Im Gemeinschaftsrahmen sind der Kooperation allerdings notwendigerweise stets enge Grenzen zu setzen. Die Heranziehung der Gemeinschaftsorgane und Mechanismen läßt sich nämlich nur rechtfertigen, wenn eine Mindestzahl von Mitgliedstaaten beteiligt ist und die Zusammenarbeit von den zuständigen Gemeinschaftsorganen genehmigt wird.

⁴⁵ So bildhaft *Janning*, Integration 1997, S. 285 ff.

⁴⁶ So *Constantinesco*, RTDE 33 (1997), S. 751, 752.

⁴⁷ So das Verdikt von *Janning*, Integration 1997, S. 285, 286.

⁴⁸ So aber *Constantinesco*, RTDE 33 (1997), S. 751, 755; demgegenüber für die Zulässigkeit einer externen Kooperation etwa auch *v. Buttlar*, ZEuS 2001, S. 649, 659 ff. und *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 43 EU, Rn. 25.

⁴⁹ Vgl. dazu auch den Vorschlag zur Differenzierung zwischen einer differenzierten Integration in Zentralbereichen der (bisherigen) Integration einerseits und neuen Politikfeldern andererseits, der im Zusammenhang mit den Verhandlungen über eine Reform der primärrechtlichen Generalermächtigungen im Vertrag von Nizza gemacht wurde (CONFER 4761/00 v. 18.7.2000, Vermerk des Vorsitzes, S. 2).

2. Einzelfallbezogene Differenzierungen

Von besonderer Bedeutung für das Gemeinschaftsprivatrecht sind die auf einzelne sekundäre Rechtsakte bezogenen Differenzierungen, mit denen bestimmten Mitgliedstaaten eine Abweichung von den Vereinbarungen der übrigen Mitgliedstaaten in einem bestimmten Bereich ermöglicht wird. Sie können in zeitlicher Hinsicht auf Übergangsregelungen wie etwa unterschiedlich langen Fristen für die Umsetzung von Richtlinien beruhen.⁵⁰ Unter Umständen kann sich eine solche Differenzierung auch aus dem Inhalt und insbesondere dem sachlichen Anwendungsbereich eines Sekundärrechtsakts ergeben, sofern durch die entsprechende Regelung eine differenzierte Behandlung einzelner Mitgliedstaaten bewusst intendiert ist.⁵¹ Immer wichtiger werden schließlich die bedingte und die fakultative Geltung von EG-Recht. Bei der hier als bedingt bezeichneten Geltung ist die nationale Maßgeblichkeit der Regelung von der Existenz eines entsprechenden Rechtsinstituts im jeweiligen Mitgliedstaat abhängig. Dies gilt etwa für sämtliche Regelungen zur Spaltung⁵² und zur Einpersonen-AG.⁵³ Von einer fakultativen Geltung kann man demgegenüber sprechen, wenn die Anwendbarkeit ganzer Rechtsakte oder maßgeblicher Bestandteile derselben unter den Vorbehalt ihrer Annahme durch die Mitgliedstaaten gestellt wird.⁵⁴ Die Mitgliedstaaten erhalten hierdurch verschiedene Mög-

⁵⁰ Siehe dazu etwa Art. 43 Abs. 2 UAbs. 3 der Kapitalrichtlinie (Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates v. 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaftern im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 v. 30.1.1977, S. 1 ff.) und Art. 32 Abs. 2 der Fusionsrichtlinie (Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates v. 9.10.1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. L 295 v. 20.10.1978, S. 36 ff.).

⁵¹ Zur Ausgrenzung ungewollter bzw. unbewußter Differenzierungen aus dem Begriff der differenzierten Integration bereits oben S. 6.

⁵² Art. 1 der RL 82/891/EWG des Rates v. 17.12.1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften, ABl. L 378 v. 31.12.1982, S. 47 ff.

⁵³ Art. 6 der RL 89/667/EWG des Rates v. 21.12.1989 betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, ABl. L 395 v. 30.12.1989, S. 40 ff.

⁵⁴ Siehe dazu auch die Diskussion um Optionsmodelle im europäischen Vertragsrecht (dazu die Nachweise in Fn. 58).

lichkeiten zum direkten oder indirekten „opting out“⁵⁵ bzw. „opting in“.⁵⁶ Indem sie damit die Regelungen freiwillig übernehmen können oder nicht, besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Gruppenbildung. Einzelne Mitgliedstaaten können bestimmte neue Regelungen ausprobieren oder nationale Besonderheiten aufrechterhalten.

Daneben bestehen noch zahlreiche Wahlrechte zugunsten von privaten Rechtssubjekten, die gleichfalls eine Differenzierung bewirken.⁵⁷ Diese Wahlrechte spielen auch in der aktuellen Diskussion um die schrittweise Einführung eines europäischen Zivilgesetzbuchs eine große Rolle.⁵⁸ Diese Art der Differenzierung erfüllt jedoch nicht das oben genannte Erfordernis einer mitgliedstaatlichen Mitwirkung und bildet damit keinen Anwendungsfall der hier interessierenden differenzierten Integration.

II. Differenzierte Integration außerhalb des institutionellen Rahmens der EG

1. Voraussetzungen der externen Differenzierung

Eine sich außerhalb des Gemeinschaftsrahmens vollziehende differenzierte Integration ist zwar prinzipiell möglich, weil den Mitgliedstaaten im

⁵⁵ Ein Beispiel bildet Art. 12 der RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl. L 142 v. 30.4.2004, S. 12 ff., der die zentralen Durchbruchsregelungen der Richtlinie für die Mitgliedstaaten nur insoweit für verbindlich erklärt, als diese den Gesellschaften i.S.d. Art. 1 Abs. 1 Übernahme-RL die Möglichkeit zu einer widerruflichen und gegebenenfalls nach Art. 12 Abs. 3 Übernahme-RL auszusetzenden Wahl zugunsten dieser Durchbruchsregelungen einzuräumen haben. Die Mitgliedstaaten erhalten mithin das Recht zum *opt out* unter der Voraussetzung, daß sie diese Abwahl nicht zwingend ausgestalten und den ihrem Gesellschaftsstatut sowie der Richtlinie unterworfenen Gesellschaften das Recht zum *opt in* gewähren; krit. *Germain*, GPR 2003/04, S. 150, 151 f.

⁵⁶ Ein Beispiel bildet Art. 10 der Richtlinie 68/151/EWG des Rates v. 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaftern im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65 v. 14.3.1968, S. 8 ff. (Wahlrecht der Mitgliedstaaten zwischen einer präventiven Kontrolle der Gesellschaftsgründung durch Verwaltungsbehörden oder Gerichte und einer öffentlichen Beurkundung).

⁵⁷ Siehe dazu die Beiträge von *Remien*, *Fages* und *T. Helms* in diesem Band.

⁵⁸ *Basedow*, ZEuP 2004, S. 1 ff.; *Zypries*, ZEuP 2004, S. 225, 230 f.; *Kadner*, ZEuP 2005, S. 535 f.

Bereich der ihnen verbliebenen Kompetenzen eine intergouvernementale Zusammenarbeit freisteht⁵⁹ und die Art. 11 f. EG i.V.m. Art. 43 ff. EU weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Normzweck eine abschließende Regelung enthalten.⁶⁰

Externe Kooperationen unter der Mitwirkung von Mitgliedstaaten sind jedoch ebenfalls an einige gemeinschaftsrechtliche Voraussetzungen geknüpft, die teilweise denjenigen der Art. 43 ff. EU ähneln. Soweit es sich nämlich um eine externe Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten auf Feldern handelt, die wie im Privatrecht die Kompetenzen der Gemeinschaft zumindest berühren, sind auch hier die Prinzipien der Solidarität, der Kohärenz, der loyalen Zusammenarbeit und der Sicherung des institutionellen Gefüges der Union und ihrer Gemeinschaften zu beachten.

Aus dem Solidaritätsprinzip und dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit ergibt sich eine verfahrensbezogene Pflicht der Mitgliedstaaten, die EU und EG mit ihren Institutionen funktionsfähig zu halten und die Gefahr ihrer Auflösung zu bannen. Die Kompetenzen und Interessen der Gemeinschaft dürfen nicht durch eine intergouvernementale Zusammenarbeit untergraben werden. Die außenstehenden Mitgliedstaaten sind vertrauensbildend durch Mitwirkungsrechte unterhalb des Stimmrechts (Information, Konsultation, Mitwirkung) zu beteiligen. Außerdem können die voranschreitenden Staaten verpflichtet sein, den anderen Staaten beim Nachzug finanziell und organisatorisch behilflich zu sein. Materiell darf durch das Voranschreiten weder der Bestand noch das Funktionieren des *acquis communautaire* beeinträchtigt werden.

Das Erfordernis der Kohärenz bedingt eine Abstimmung der Einzelmaßnahmen auf die Ziele der EU/EG. Es muß ferner ein für den jeweiligen Sachbereich zu bestimmendes Mindestmaß an Zusammenhalt zwischen dem *acquis communautaire* und den verschiedenen partikularen Gemeinschaftsrechten gewährleistet bleiben.

2. Rechtsfolgen der differenzierten Integration außerhalb des Gemeinschaftsrahmens

Im Falle externer Integrationsschritte müssen die beteiligten Staaten die Modalitäten der Durchführung und insbesondere ihrer Beschlußfassung selbst regeln. Sie können dabei aber durchaus auf gemeinschaftsrechtliche Verfahrensweisen wie etwa eine bestimmte Stimmengewichtung Be-

⁵⁹ Siehe dazu nur EuGH, Rs. 44/84, Slg. 1986, 29 ff. Tz. 3 (Hurd/Jones).

⁶⁰ Siehe dazu auch die Nachweise in Fn. 48.

zug nehmen. Gemeinschaftsorgane könnten nicht in Anspruch genommen werden. Allenfalls kann die Gemeinschaft im Einvernehmen mit den betreffenden Staaten eine unterstützende Beteiligung vorsehen (vgl. auch Art. 169 EG). Die Kosten der externen differenzierten Zusammenarbeit sind grundsätzlich allein von den beteiligten Mitgliedstaaten zu tragen. Eine finanzielle Beteiligung der Gemeinschaft ist allerdings nicht ausgeschlossen (vgl. auch Art. 168 Abs. 1 EG). Die Solidarität unter den Mitgliedstaaten gebietet es auch hier, daß die nicht beteiligten Mitgliedstaaten die Durchführung der verstärkten Zusammenarbeit nicht behindern.

Bei den im Rahmen einer externen Integration erlassenen Rechtsakten würde es sich nicht um Gemeinschaftsrecht, sondern allenfalls um durch geltendes oder geplantes Gemeinschaftsprivatrecht inspiriertes und dieses seinerseits beeinflussendes Recht handeln. Der EuGH könnte daher nicht für die erforderliche einheitliche Auslegung des geschaffenen Privatrechts sorgen. Das schränkt die Möglichkeiten der Differenzierung erheblich ein, da sich der ideelle und finanzielle Aufwand für die Schaffung von gemeinsamen Gerichtsinstanzen nur bei einer gewissen thematischen und regionalen Blockbildung lohnte.

3. Bewertung

Damit das Potential der Differenzierung voll ausgeschöpft werden kann, muß auch die externe Differenzierung gefördert werden, sofern deren zu erwartende Vorteile größer sind als die absehbaren Nachteile. Die Unterstützung könnte ideell und finanziell erfolgen. Zu achten hätte man lediglich darauf, daß die Interessen der Gemeinschaft durch die Verpflichtung der beteiligten Mitgliedstaaten zur Gemeinschaftstreue und die Offenheit der Kooperation für die zurückbleibenden Mitgliedstaaten gewahrt bleiben. Sofern dies nicht beabsichtigt und durch eine Abschottungspolitik gefördert wird, kann die Differenzierung auch dauerhaft bestehen.

D. Privatrechtliche Anwendungsfelder einer differenzierten Integration

Die Diskussion um die eingangs erwähnten politischen Konzepte einer differenzierten Integration hat das Privatrecht noch nicht erreicht. Sofern überhaupt konkrete Inhalte für eine künftige aktive differenzierte Integration benannt werden,⁶¹ findet sich das Privatrecht nicht darunter. Sieht man

⁶¹ Siehe dazu etwa Grieser, Flexible Integration, 2003, S. 143 ff.; Giering/Janning, Integration 2001, S. 146, 148 ff.; Linke, Instrument, 2006, S. 206 ff.

einmal von den nur als notwendiges Übel betrachteten differenzierenden Ausnahmeregelungen in den Sekundärrechtsakten ab, wird das Potential für differenzierte Integrationsschritte im Gemeinschaftsprivatrecht bislang nicht ausgeschöpft. Auch in den wissenschaftlichen Untersuchungen und Projekten zum Gemeinschaftsprivatrecht fehlt es zumeist an Vorschlägen für eine weitere Integration durch Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten. Insgesamt entfaltet mithin auch hier das Modell der gleichzeitigen und einheitlichen Integration seine prägende Wirkung.

I. Vertiefung bestehender Integration

Im Bereich der bereits vom Gemeinschaftsrecht erfaßten Privatrechtsgebiete könnten weitere Integrationsschritte durch Differenzierung ermöglicht oder begünstigt werden. Zu denken wäre namentlich an das Vertrags- und Unternehmensrecht. Möglich wäre etwa die Einführung eines Vertragsgesetzbuchs durch die Benelux-Staaten, Deutschland, Italien, Österreich, Portugal und Spanien. Gemeinsam mit Frankreich könnten diese Mitgliedstaaten auch eine Europäische Privatgesellschaft als supranationale Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen einführen.⁶² Die an einem stärkeren gemeinschaftsweiten Wettbewerb der Dienstleistungsunternehmen interessierten Mitgliedstaaten könnten zwischen sich die Geltung des Herkunftslandprinzips vereinbaren. Im Bereich der Finanzdienstleistungen könnten einzelne Mitgliedstaaten der von der EU-Kommission im Grünbuch Finanzdienstleistungen 2005–2010⁶³ als sog. „26. Regelung“ erwogenen Schaffung eines supranationalen Regelwerks für grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen zustimmen.

⁶² Siehe zu diesem Projekt *Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris/Conseil National du Patronat Français, Société Privée Européenne – une société de partenaires*, 1998, S. 5 ff.; D. Helms, Die europäische Privatgesellschaft, 1998; Hommelhoff, in: Kalsa/Nowotny/Schauer (Hrsg.), FS Doralt 2004, S. 199 ff.; zu den aktuellen Bemühungen um eine gemeinschaftsweite Verordnung zur Europäischen Privatgesellschaft (EPG) im Rahmen des Aktionsplans zum Gesellschaftsrecht siehe http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_de.htm (besucht am 31.7.2006).

⁶³ Siehe dazu die Mitteilung KOM(2005) 177 (Grünbuch Finanzdienstleistungen 2005–2010), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0177:DE:HTML> (besucht am 11.9.2006), S. 14.

II. Erschließung neuer Politikfelder

Das Gemeinschaftsprivatrecht dringt derzeit in das Sachen-,⁶⁴ Familien-⁶⁵ und Erbrecht⁶⁶ vor. Regelungsgegenstand sind dabei nicht mehr nur Fragestellungen des Internationalen Verfahrens- und Privatrechts. Sofern sich etwa im Sachrecht der Mobiliarsicherheiten eine gemeinschaftsweite Rechtsvereinheitlichung zur Beseitigung von Binnenmarkthindernissen nicht realisieren ließe,⁶⁷ könnte die differenzierte Integration ein Instrument zur Überwindung bestehender Blockaden sein.⁶⁸ Initiativen zur Rechtsvereinheitlichung hat ferner die Internationale Union des Lateinischen Notariats (UINL) ergriffen.⁶⁹ Auch dort, wo wie etwa im Familienrecht nicht einmal langfristig mit einer europaweiten Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung zu rechnen ist, könnte es zu einer längerfristigen Blockbildung von katholisch geprägten Staaten einerseits und laizistisch oder protestantisch geprägten Staaten andererseits kommen.⁷⁰ Da angesichts der wachsenden Zahl grenzüberschreitender familienrechtlicher Beziehungen ein zunehmendes Bedürfnis nach einer Vereinheitlichung des Familienrechts gegeben ist,⁷¹ wäre eine solche Blockbildung der derzeitigen Rechtszersplitterung⁷² immer noch vorzuziehen. Möglich wären

⁶⁴ Das Sachenrecht war bislang allerdings kaum Gegenstand gemeinschaftlicher Rechtsetzung; eine Ausnahme bildet lediglich die RL 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 6.6.2002 über Finanzsicherheiten, ABl. L 168 v. 27.6.2002, S. 43 ff.; näher dazu Kieninger, in diesem Band, S. 195 ff.

⁶⁵ Siehe dazu die Dokumentation von Pintens, FamRZ 2005, S. 1597 ff. und Helms, in diesem Band, S. 211 ff.

⁶⁶ Siehe dazu das Grünbuch der EU-Kommission zum Erb- und Testamentsrecht v. 1.3.2005 KOM(2005) 65; dazu Jud, GPR 2005, S. 133 ff.; zur in diesem Bereich fraglichen Gemeinschaftskompetenz näher Stumpf, in diesem Band, S. 223 ff.

⁶⁷ So scheiterte etwa im Zusammenhang mit der Verabschiedung der RL 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. L 200 v. 8.8.2000, S. 35 ff., der Versuch der EU-Kommission, alle Mitgliedstaaten zur Einführung eines konkursfesten Eigentumsvorbehalts zu verpflichten.

⁶⁸ Siehe dazu auch Kieninger, in diesem Band, S. 201 f. (Plädoyer für ein Europäisches Kreditsicherungsrecht nach dem Modell des Art. 9 UCC).

⁶⁹ Siehe dazu die Informationen unter <http://www.onpi.org.ar/aleman/index.php4> (besucht am 31.7.2006).

⁷⁰ In eine andere Richtung weist freilich der Beitrag von T. Helms, in diesem Band, S. 204 ff., der – jedenfalls in den Grundprinzipien – eine weitgehende spontane Annäherung aller europäischen Familienrechtsordnungen in den letzten Jahrzehnten konstatiert.

⁷¹ Dethloff, AcP 204 (2004), S. 544 ff.

⁷² Siehe dazu den Überblick bei Dethloff, AcP 204 (2004), S. 544, 545 ff. m.w.N.

auch unterschiedliche Geschwindigkeiten in Bereichen, die wie etwa in der Vergangenheit das Scheidungsrecht⁷³ in Europa zwar weitgehend parallel, aber mit deutlichen zeitlichen Verschiebungen verlaufen. Schließlich könnte durch Differenzierungen nationalen Besonderheiten im Sachen-, Familien- oder Erbrecht Rechnung getragen werden. Ein Beispiel könnte insoweit das traditionell im romanischen Rechtskreis verankerte Anerkennungssystem⁷⁴ im Abstammungsrecht bilden.

III. Räumliche Erweiterung der Gemeinschaft

Bei den anstehenden räumlichen Erweiterungen der Europäischen Gemeinschaft könnte die interne differenzierte Integration auch im Privatrecht eine Option für die neuen und alten Mitgliedstaaten bilden. So könnte etwa Beitrittskandidaten wie Bulgarien und Rumänien einerseits eine Übergangsfrist für die Übernahme der wettbewerbsrechtlichen Regelungen eingeräumt und andererseits die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit und des Herkunftslandprinzips auf diese Länder und ihre Staatsangehörigen aufgeschoben werden.

IV. Kooperation von Mitgliedstaaten und Nichtmitgliedstaaten

Die externe differenzierte Integration würde es ermöglichen, zum Beispiel die Schweiz und die Türkei im Rahmen einer privilegierten Partnerschaft an einem europäischen Zivilgesetzbuch zu beteiligen. Lehnt man etwa aus politischen und religiösen Gründen einen Beitritt der Türkei in die Europäische Union ab, so wäre im Privatrecht eine Einbeziehung der Türkei durchaus vorstellbar, da das türkische Privatrecht einerseits wegen seiner Anlehnung an das schweizerische ZGB pandektistisch geprägt ist und andererseits der sog. autonome Nachvollzug von Gemeinschaftsprivatrecht bereits zu einer weitreichenden Angleichung an den *acquis communautaire* geführt hat.⁷⁵ Eine Einbeziehung der auf absehbare Zeit nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Schweiz könnte attraktiv sein, weil die Schweiz über Erfahrungen mit einer mehrsprachigen Mischrechtsordnung verfügt. Das schweizerische ZGB wird zudem wegen seiner

⁷³ Siehe dazu *Boele-Woelki/Braat/Sumner* (Hrsg.), *European Family Law in Action*, Vol. 1: Grounds for Divorce, 2003.

⁷⁴ Dazu näher *T. Helms*, FamRZ 2001, S. 257 ff.

⁷⁵ Siehe zum autonomen Nachvollzug des EG-Verbraucherschutzrechts in der Türkei etwa *Güney*, GPR 2006, S. 59 ff.

flexiblen Generalklauseln ohnehin als Modell für ein europäisches Zivilgesetzbuch empfohlen.⁷⁶

E. Chancen und Risiken der differenzierten Integration

I. Chancen

Die Europäische Gemeinschaft stößt bei ihren privatrechtlichen Integrationsbemühungen zunehmend auf den Widerstand einzelner Mitgliedstaaten. Sie droht von der kritischen Masse mühsam erkämpfter, kleinschrittiger, kompromißhafter und pointillistischer Rechtsakte erstickt zu werden. In dieser Situation kann die Option der differenzierten Integration auf dreierlei Weise dazu beitragen, daß die vielfältige und sich erweiternde Gemeinschaft überlebt und das Ziel einer immer engeren Gemeinschaft verwirklichen kann.⁷⁷

Die differenzierte Integration kann zum einen als Druckmittel der mit ihrem Alleingang drohenden integrationswilligen Staaten eingesetzt werden. Denn die zunächst unbeteiligten Mitgliedstaaten müssten befürchten, daß sie von absehbar positiven Wirkungen der geplanten Maßnahmen ausgeschlossen wären und aufgrund der sog. Präjudizwirkung verstärkter Integrationsschritte bei einem späteren Nachziehen Regelungen zu übernehmen hätten, an deren Ausarbeitung sie nicht oder jedenfalls nicht maßgeblich mitgewirkt haben. Es käme auf diese Weise zu einem heilsamen Einigungszwang.

Zum anderen ermöglicht die differenzierte Integration den hierzu fähigen und willigen Staaten eine vertiefte Integration. Im Sinne eines dynamischen Systemwettbewerbs als Entdeckungsverfahren können verschiedene rechtliche Problemlösungen getestet werden.⁷⁸ Das Vorpreschen einzelner Mitgliedstaaten hat sich danach im Wettbewerb der Ideen zu bewähren und

⁷⁶ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., S. 171 u. 175.

⁷⁷ Siehe zu den Chancen differenzierten Vorgehens im Gemeinschaftsprivatrecht auch *Remien*, in diesem Band, S. 140 ff. sowie generell *P. M. Huber*, EuR 1996, S. 347, 351.

⁷⁸ Insbesondere bei den Modellen einer zeitlich abgestuften Integration sind Parallelen zum Pionierunternehmertum Schumpeters (*Schumpeter*, Unternehmer, in: *Elster u. a.* (Hrsg.), *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. VIII, 4. Aufl. 1928) oder zum dynamischen Wettbewerbsmodell von Clark (*J. M. Clark*, *Competition as a dynamic process*, 3. Aufl. 1968) erkennbar.

etwa einer Kosten-/Nutzenanalyse standzuhalten bzw. in der Praxis auf Akzeptanz zu stoßen. Zu einem Nachziehen der anderen käme es nämlich nur, wenn die sog. Ins mehr „in“ wären als die sog. Outs.

Durch Differenzierungen kann schließlich den verschiedenen nationalen Besonderheiten Rechnung getragen werden. Befindet sich ein Staat in einer Sondersituation, kann er nach dem Solidaritätsgedanken sogar eine entsprechende Sonderbehandlung einfordern.

II. Risiken

Auf der anderen Seite können die Differenzierung und der mit ihr verbundene Wettbewerb aber auch den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt sowie die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 3 EU, Art. 2 EG) gefährden.⁷⁹ Es ist daher darauf zu achten, daß die Differenzierungsoption möglichst nicht dazu benutzt wird, entweder einen integrationswilligen schwächeren Mitgliedstaat von einer Integrationsmaßnahme auszuschließen, weil dies die Mehrheit der Mitgliedstaaten wirtschaftlich belasten könnte,⁸⁰ oder den starken Mitgliedstaaten ein Privileg zu belassen, das diese nicht zugunsten der anderen Mitgliedstaaten aufzugeben bereit sind.⁸¹

Gefahren bestünden auch für die Kohärenz des institutionellen Rahmens (Art. 3 Abs. 1 EU) und die Einheitlichkeit des Unions- bzw. Gemeinschaftsrechts.⁸² Die Bildung einer einheitlichen Unionsstruktur und einer gemei-

⁷⁹ Vgl. auch *Frankenberger*, Europäische Union – Ein Rettungsanker?, FAZ v. 16.12.2003, S. 10.

⁸⁰ Ein Beispiel bilden die Übergangsregelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Beitrittsverträgen mit den neuen EU-Mitgliedstaaten (aktuelle Informationen dazu unter [http://www.bmas.bund.de/BMAS/Redaktion/Pdf/Pressemitteilungen-Pressetermine-Anhaenge/2006-03-22-statement-muenteferinguebergangsregelungen-bei-der-arbeitnehmerfreizuegigkeit,PrPre und Parallelaktionen,IPrw Quarterlyproperty=pdf,bereich=bmas,sprache=de,rwb=true.pdf](http://www.bmas.bund.de/BMAS/Redaktion/Pdf/Pressemitteilungen-Pressetermine-Anhaenge/2006-03-22-statement-muenteferinguebergangsregelungen-bei-der-arbeitnehmerfreizuegigkeit,PrPre%20und%20Parallelaktionen,IPrw%20Quarterlyproperty=pdf,bereich=bmas,sprache=de,rwb=true.pdf)).

⁸¹ Siehe dazu bereits *Martenczuk*, EuR 2000, S. 351, 363, der als negative Beispiele einerseits die unfreiwillige vorübergehende Nichtteilnahme Griechenlands an der dritten Stufe der Währungsunion und andererseits die verschiedenen Ausnahmeregelungen zugunsten Großbritanniens und Dänemarks anführt.

⁸² Zu möglichen Störungen des Binnenmarkts durch Differenzierungen im Gemeinschaftsprivatrecht *Pfeiffer*, in diesem Band, S. 146 ff.; generell krit. auch *Martenczuk*, EuR 2000, S. 351, 359 ff., der u. a. auch auf die ungewöhnliche Komplexität der Vorschriften und Verfahren im Zusammenhang mit der Nichtteilnahme Großbritanniens und Irlands an der Integration auf den Gebieten

neuropäischen politischen Öffentlichkeit wären erschwert.⁸³ Aufgrund allfälliger Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten könnte die Steuerungsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts leiden.⁸⁴ Insoweit könnten sich sogar negative Auswirkungen auf den bereits erreichten Integrationsstand ergeben.⁸⁵ Mit zunehmender Flexibilität und damit gegebenen Ausweichmöglichkeiten würde zudem der Zwang zum Kompromiß nachlassen.⁸⁶ Es gäbe weniger Paketlösungen, was einen Verlust an mäßiger Integrationsbreite zugunsten einer größeren Integrationstiefe in einigen wenigen Bereichen mit sich brächte.

Durch eine differenzierte Integration könnte auf bestimmten Feldern schließlich die Gemeinschaftskompetenz zur Schaffung von Sekundärrecht nicht nur lahm liegen, sondern möglicherweise sogar ganz in Frage gestellt werden. Denn nach dem für das Gemeinschaftsprivatrecht maßgeblichen Subsidiaritätsprinzip hängt die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft unmittelbar von ihrer Effektivität ab.⁸⁷ Würde diese Effektivität durch zu viele Wahlmöglichkeiten und eine damit verbundene Rechtszersplitterung gefährdet, bliebe dies nicht ohne Rückwirkung auf die Gemeinschaftskompetenz.

F. Schlußbemerkung

Das Instrument der differenzierten Integration ist kein Allheilmittel. Es ist zudem mit Nachteilen verbunden. In jedem Einzelfall sind daher die Chancen und Risiken einer Ermächtigung einzelner Mitgliedstaaten zum Voranschreiten oder Zurückbleiben genau gegeneinander abzuwägen. Weder die Existenz von Union und Gemeinschaft noch die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten dürfen aufs Spiel gesetzt werden. Nur im Ausnahmefall kann man frei nach Rotteck⁸⁸ der Freiheit ohne Einheit den Vorzug vor der Einheit ohne Freiheit geben.

Visa, Asyl und Einwanderung sowie der Schengen-Abkommen verweist, sowie *P. M. Huber*, EuR 1996, S. 347, 351; einschränkend *v. Buttlar*, ZEuS 2001, S. 649, 679 ff. (Einheit des Gemeinschaftsrechts kein Selbstzweck).

⁸³ *Martenczuk*, EuR 2000, S. 351, 361.

⁸⁴ *P. M. Huber*, EuR 1996, S. 347, 352.

⁸⁵ *P. M. Huber*, EuR 1996, S. 347, 356.

⁸⁶ *P. M. Huber*, EuR 1996, S. 347, 351.

⁸⁷ *Baldus*, in: Barrett/Bernardeau (Hrsg.), Towards a European Civil Code (ERA-Forum), 2002, S. 89, 98 ff.

⁸⁸ *Carl v. Rotteck* auf einer liberalen Versammlung in Badenweiler von 1832: „Ich will die Einheit nicht anders als mit Freiheit, und will lieber Freiheit ohne Einheit als Einheit ohne Freiheit“.

Auf der anderen Seite war das Modell einer differenzierten Integration in der Vergangenheit gerade auf politisch schwierigen Feldern zu erfolgreich, um es nicht auch in Zukunft zu nutzen. Insbesondere die strengen Voraussetzungen der generalklauselartigen Ermächtigung zur verstärkten Zusammenarbeit sollten daher weiter gelockert werden. So kann die differenzierte Integration auch als Instrument eines Voranschreitens einiger Mitgliedstaaten im Bereich des Gemeinschaftsprivatrechts genutzt und insbesondere bei der Realisierung eines europäischen Zivilgesetzbuchs ernsthaft als Handlungsmöglichkeit erwogen werden.